Die

Unterschlagung an baarem Gelde nach Deutschem Reichsstrafrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt der

Juristischen Facultät zu Rostock

von

Heinrich Lindenau

Kammergerichts-Referendar.

BERLIN 1894.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke)

Linienstrasse 158.

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Inhalt.

Einleitung:

Seite

Criminalpolitische Bedeutung der Frage 7

Allgemeiner Teil:

§ 1. I. Der Begriff der Unterschlagung 8

§ 2. II. Der Begriff des baaren Geldes 11

Specieller Teil:

§ 3. I. Die Consumtion baaren Geldes als Verletzung der Eigentumsordnung 15

II. Verhältnis zu den Thatbestandsmomenten des § 246.

§ 4. a) das objective Moment der fremden Sache (insbesondere die Lehre vom strafrechtlichen Eigentum) 19

b) das subjective Moment der rechtswidrigen Aneignung.

§ 5. *α*) onus probandi 28

§ 6. *β*) thema probandi 35

III. Anhang.

§ 7. Der Begriff der „rechtzeitigen Erstattung“ bei bestimmten Beziehungen zwischen Eigentümer und Gewahrsamsinhaber 42

1. die Amtsunterschlagung 44

2. die Fundunterschlagung 46

3. die Depotunterschlagung 47

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553619_0072

Einleitung.

Gelderwerb ist heute der Endzweck jedes wirtschaftlichen Betriebes. Doch jagt nicht allein der Teil der menschlichen Gesellschaft, der sich redlich im Kampfe um das Dasein zu behaupten sucht, diesem Ziele nach. Auch die Verbrecherwelt richtet aus leicht erklärlichen Gründen ihre Unternehmungen am liebsten auf die Erbeutung baaren Geldes.

Um so wichtiger erscheint die Beseitigung der Schwierigkeiten, auf welche der Schutz dieses arg bedrohten Rechtsobjectes gegen eins der häufigsten Delicte — die Unterschlagung — stösst. Hierin liegt die criminalpolitische Bedeutung der Frage:

„Giebt es nach dem deutschem Strafgesetzbuche eine Unterschlagung an baarem Gelde?“

Zur Beantwortung derselben ist vor allem eine Klarlegung der beiden fraglichen Begriffe erforderlich. Natürlich kann es nicht die Aufgabe dieser Zeilen sein, die vollkommene Lehre von der Unterschlagung und vom baaren Gelde zu entwickeln. Nur die Punkte sollen erläutert werden, welche von juristischem Interesse sind, sobald sie in Wechselwirkung treten. —

Allgemeiner Teil.

§ 1.

Der Begriff der Unterschlagung.

Unterschlagung im Sinne des § 246 des Deutschen Strafgesetzbuches ist die rechtswidrige Zueignung einer fremden, beweglichen Sache, die der Zueignende im Besitz oder Gewahrsam hat. Die Lösung der verschiedenen Controversen, zu denen diese Legaldefinition Anlass gegeben hat, wurde früher gewöhnlich derart versucht, dass man die einzelnen Thatbestandsmomente in dem gerade erforderlichen Sinne auslegte. Dabei wurden die Grenzen der erlaubten, extensiven Interpretation allerdings nicht selten überschritten, auch wandelte sich die Unterschlagung unter den Händen der Erklärer bisweilen in ein ganz anderes Delict, aber darüber sah man im Eifer, die Streitfrage zu beantworten, nur allzuleicht hinweg.

Im Gegensatze zu dieser Methode wollen wir unsere Aufmerksamkeit auf den Begriff der Unterschlagung als auf ein geschlossenes Ganzes wenden. Auch auf diesem Wege werden wir genügende Aufschlüsse über die Einzelheiten und eine feste Grundlage für die weiteren Ausführungen erhalten.

Der § 246 bedroht den Angriff auf die Eigentumsordnung[1]) mit Strafe. Der verbrecherische Wille des Thäters, der sich gegen diese auflehnt, vermag natürlich nicht dem Eigentümer das Eigentum selbst zu entziehen,

[1]) Binding, Normen II, 546.

hierzu ist allein dieser selbst oder die Rechtsordnung fähig. Vielmehr ist es die Ausübung der Eigentumsbefugnisse[2]), welche er sich ermöglichen will, während er dem Verletztem das nudum jus proprietatis gezwungenerweise überlässt. Dementsprechend formuliert Binding[3]) die Norm, die der Unterschlagende übertritt, als das Verbot:

> „Du darfst Dir nicht ohne Einwilligung des Eigentümers und ohne sonstigen Rechtsgrund eine fremde Sache aneignen."

Hiermit ist der Begriff der „rechtswidrigen Zueignung" gegeben:

Anmassen der im Eigentum liegenden Rechte, ohne dass der Wille des bisherigen Eigentümers oder die Sanction der Rechtsordnung unmittelbar das Eigentum selbst verleiht. Halten wir dies fest, so versteht sich auch die Erklärung der „fremden Sache" als Gegensatz zur eigenen von selbst. Dass niemand seine eigene Sache unterschlagen kann, bedarf wohl keiner Begründung. Aber auch die Aneignung herrenloser Sachen kann nie die Eigentumsordnung, sondern höchstens fremde Occupationsrechte verletzen[4]).

Unmittelbar aus der Natur der Unterschlagung als gegen die Eigentumsordnung gerichtetes Delict ergiebt sich schliesslich noch, dass Object derselben nur eine körperliche Sache sein kann, denn nur an solchen ist wahres Eigentum denkbar[5]).

Dies lässt auch der Sprachgebrauch der Reichsgesetzgebung erkennen[6]).

---

[2]) Olshausen, Commentar, § 242, 28, § 246, 10.

[3]) Binding, l. c., pag. 540.

[4]) Kapff, Unterschlagung, pag. 42 ff.

[5]) Windscheid, Pandekten I, § 168. — Dernburg, Pandekten I, § 67 u. 192.

[6]) Strafgesetzbuch § 266, 2. Entwurf des bürgerlichen Gesetz-

Gegen die oben citirte Norm richten sich nun noch verschiedene andere Delicte, aber das einzige, welches nur diese und keine andere gleichzeitig verletzt, ist die Unterschlagung. Diebstahl und Raub bedrohen neben dem Eigentum den Gewahrsam, das furtum possessionis nur den letzteren, Betrug und Erpressung schädigen fremdes Vermögen[7]).

Gewahrsamsstörung und auf Vermögensvorteil gerichtete Absicht gehören also nicht zu den Thatbestandsmerkmalen der Unterschlagung; sie sind, wie Berner sich ausdrückt, negative Erfordernisse derselben, jedoch mit folgendem Unterschied: Die erstere muss, die letztere kann fehlen. Der Wortlaut des § 246 lässt dies deutlich erkennen. Während die Absichten des Unterschlagenden einfach mit Stillschweigen übergangen, also als vollkommen irrelevant bezeichnet sind, ist die Besitzentwendung durch Aufnahme eines positiven Erfordernisses, welches ihre Vornahme unmöglich macht, aus dem Thatbestande schlechthin ausgeschlossen.

Dies ist der Sinn der Worte:

„Die er in Besitz oder Gewahrsam hat“[8]).

Die Unterschlagung erscheint somit als

die Ausübung der Eigentumsbefugnisse an einer fremden, beweglichen Sache durch den Gewahrsaminhaber, ohne dass der Wille des Eigentümers oder die Rechtsordnung unmittelbar das Eigentum selbst überträgt.

---

buches § 77 a. cfr. auch Hälschner, Gemeines Deutsches Strafrecht II, 346.

[7]) Berner, Lehrbuch pag. 553 ff.

[8]) v. Liszt, Lehrbuch pag. 460: eine Sache, die der Thäter .... nicht erst aus dem Gewahrsam eines anderen weggenommen hat.

§ 2.

Der Begriff des baaren Geldes.

Geld ist das von der Staatsgewalt anerkannte Zahlungsmittel[1]).

Für das Gebiet des Deutschen Reiches umfasst diese Definition zunächst nach Massgabe des Münzgesetzes vom 9. Juli 1873:

1. die Reichsgoldmünzen (Art. 1),
2. die Reichssilbermünzen bis zum Betrage von 20 Mark (Art. 9),
3. die Reichsnickel- und Kupfermünzen bis zum Betrage von 1 Mark (Art. 9),
4. die Thalerstücke deutschen Gepräges bis zur Aussercurssetzung (Art. 15, 1),
5. die bis Ende 1867 in Österreich ausgeprägten Vereinsthaler bis zur Aussercurssetzung (Gesetz vom 20. April 1874).

Für die in Abschnitten von 5, 20 und 50 Mark ausgegebenen Reichskassenscheine besteht zwar nach § 5 des Gesetzes vom 30. April 1874 ebenso wenig ein Zwangscurs, wie für die durch das Gesetz vom 14. März 1875 zugelassenen Banknoten. Staatlich anerkannt sind beide Zahlungsmittel für den Privatverkehr daher nicht. Da ihnen jedoch diejenige Eigenschaft, welche wir sogleich als das charakteristische Merkmal des „baaren" Geldes erkennen werden, durch den Brauch des täglichen Lebens, wenigstens unter normalen Verhältnissen, zugesprochen wird, so können wir unbedenklich die Resultate dieser Untersuchung auch auf Kassenscheine und Banknoten beziehen[2]).

---

[1]) Bluntschli, Staatswörterbuch s. v. Geld.

[2]) Sogenanntes usuelles Geld.

Unbedingt ausgeschlossen sind dagegen natürlich alle Inhaber- und Ordrepapiere, wie Staatsobligationen, Pfandbriefe und Actien, Connossemente und Wechsel etc.[3]).

Wir wenden uns nunmehr zum Begriffe des „baaren" Geldes.

Der Ausdruck „baar" hat die ursprüngliche Bedeutung nackt, bloss, offen, in der er sich noch beispielsweise in barhaupt, der Ehre bar, und der pleonastischen Bildung „offenbar" findet. Baares Geld bedeutet daher so viel wie offen, zum Zugreifen bereit daliegendes[4]). Dies ist unstreitig eine Situation, in welcher man sich zur Not jede bewegliche Sache denken könnte. Wenn unsere Sprache also die Wendung „baares" Geld zu einem besonderen Begriffe erhoben hat, so muss das Geld in der erwähnten Lage wohl auch besondere Eigenschaften aufweisen. So verhält es sich auch. Sobald baares Geld zum Zugreifen für mich bereit liegt, d. h. sobald ich es in meinen Gewahrsam zu bringen vermag, erfüllt es in meiner Hand alle Functionen, die eine Sache sonst nur ihrem Eigentümer leistet. Nun hat Geld bekanntlich nur die eine wirtschaftliche Bestimmung, verbraucht zu werden. Unter baarem Gelde verstehen wir daher das Geld, über das selbst der blosse Gewahrsamsinhaber als Eigentümer verfügen kann, d. h. es verbrauchen kann, ohne damit eine andere Verpflichtung als zur Erstattung des Wertes zu übernehmen. So hat „Baares Geld" schliesslich die heute gebräuchliche Bedeutung erlangt: Geld, welches ohne Rücksicht auf sonstige Rechtsverhältnisse seinen

[3]) Hartmann, Rechtlicher Begriff des Geldes pag. 33—34.

[4]) Daniel Sanders, Handwörterbuch der deutschen Sprache s. v. bar. Die Schreibweise „bares Geld" wäre daher vielleicht der eingebürgerten „baares Geld" vorzuziehen.

Wert in sich selbst trägt und in jeder Hand gleichviel gilt, besonders im Gegensatze zu Checks, Wechseln und ähnlichen Zahlungsmitteln, deren „Feinheit“ sich nach der Person des Ausstellers beziehungsweise Inhabers bemisst. Ursprünglich aber bedeutet die Wendung nur eine Anerkennung des Geldes als Fungibilie κατ' ἐξοχήν und deckt sich vollkommen mit dem Rechtssatze: Fremdes Geld wird Eigentum des Besitzers, wenn es consumiert wird d. h. seine individuelle Erkennbarkeit verliert[5][6]).

Kein baares Geld sind also seltene Münzen, nur bedingt grössere Mengen von Scheidemünze. Im ersten Falle begründet der numismatische Wert für den Sammler, im zweiten etwa das Bedürfnis eines Meisters, die Löhne in kleinem Gelde auszuzahlen, ein Interesse an der species beziehungsweise dem engeren genus.

Der Erwerb des Eigentums an fremdem Gelde durch Consumtion ist nun ein civilistisches Phänomen, dessen Erklärung von jeher eine Lieblingsaufgabe der Juristen war. Besonders im Anschluss an die bekannte l. 78 D. de solutionibus (46, 3)[7]), ist man mit mehr oder minder Erfolg bemüht gewesen, aus der vollkommenen Gleichheit der einzelnen Geldstücke betreffs der für den Verkehr wichtigen Eigenschaften[8]) zu rechtfertigen, dass dem nicht besitzenden Eigentümer baaren

[5]) Dernburg, Pandekten I, 486.

[6]) In diesem Sinne als Aufhebung der individuellen Erkennbarkeit des Geldes durch irgend welche Mittel (Verausgabung, Vermischung) wird „Consumtion“ in dieser Abhandlung stets verwendet werden.

[7]) Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt: si mixti essent, ita ut discerni non possent, eius fieri qui accepit in libris Gaii scriptum est.

[8]) Dernburg, Preussisches Privatrecht I, 193.

Geldes durch dessen Consumtion die rei vindicatio entzogen wird, natürlich unbeschadet seiner persönlichen Ersatzklage gegen den Consumenten. Für unsere Untersuchung ist vorläufig nur die allgemein anerkannte Thatsache wichtig, dass

> die Ausübung der Eigentumsbefugnisse an fremdem, baarem Gelde durch den Gewahrsamsinhaber, nämlich die Consumtion, diesem das Eigentum selbst überträgt.

Specieller Teil.

§ 3.

I. Die Consumtion baaren Geldes als Verletzung der Eigentumsordnung.

In den einleitenden Zeilen dürfte es gelungen sein, die charakteristischen Merkmale der Unterschlagung und des baaren Geldes so darzustellen, dass sich ohne Mühe erkennen lässt, welche Schwierigkeiten der Annahme einer Unterschlagung an baarem Gelde entgegenstehen.

Unter Berücksichtigung der bisher gewonnenen Resultate erscheint dieses Delict als „Consumtion fremden, baaren Geldes durch den Gewahrsamsinhaber, ohne dass der Wille des Eigentümers oder die Rechtsordnung unmittelbar das Eigentum selbst überträgt". Nun ist aber dieser rechtlich anerkannte Eigentumsübergang, dessen Fehlen allein die Rechtswidrigkeit einer That im Sinne des § 246 zu begründen vermag, die untrennbare, civilrechtliche Folge der Consumtion. Der Nachweis, dass diese Handlung dennoch unter Umständen als strafbare Verletzung der Eigentumsordnung, d. h. als Unterschlagung erscheint, ist somit unsere erste Aufgabe.

Ein einfaches Beispiel aus dem täglichen Leben diene als Ausgangspunkt unserer Untersuchung:

Der Kassenbote eines Bankhauses wird mit der Einzahlung einer bedeutenden Geldsumme bei der Reichsbank beauftragt. Er unterliegt der Versuchung und entflieht mit dem Gelde nach Amerika. Die Polizei

wird benachrichtigt, der Telegraph thut seine Schuldigkeit, bei der Landung wird der Flüchtling verhaftet und zurückbefördert. Das Geld, welches er etwa noch bei sich führt, wird dem Bankhause zugestellt; um den bereits verausgabten Teil ist es geschädigt. Der Kassenbote hatte daran durch Consumtion Eigentum erworben. Es bleibt also nur die gewöhnlich sehr aussichtslose, persönliche Forderung gegen ihn.

Ähnliche Vorkommnisse zählen, wie schon erwähnt, keineswegs zu den Seltenheiten. Blieben sie straflos, so würden sie zweifelsohne binnen kurzem erschreckend überhand nehmen. Sie bilden also durch ihre Häufigkeit höchst gefährliche Angriffe auf die bestehende Rechtsordnung. Dies macht aber in vielen Fällen nach der gemeinen Meinung das Wesen des Verbrechens im Unterschiede vom bürgerlichen Unrechte aus[1]).

Es hat zwar nicht an der Gegenbehauptung gefehlt, die interessierten Kreise seien im stande, sich gegen derartige Schädigungen selbst genügend zu schützen. So wurde bei der Beratung des § 246 des Preussischen Strafgesetzbuches geäussert: „Wer Privatverträge mit einem Anderen abschliesst, die auf ein besonderes Vertrauen berechnet sind, mag sich selbst vorsehen“[2]). Allerdings ist ja dem altdeutschen Rechtssprichworte: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn wiedersuchen“, nicht jede Berechtigung abzusprechen. Der moderne Verkehr kann aber derartige subalterne Vertrauensstellungen, wie die der Kassierer, Kassenboten, Steuerboten etc. nicht entbehren. Eine Caution in genügender Höhe ist ausgeschlossen. Der Ersatz des baaren Geldes durch Cheks bietet auch keine absolute Sicherheit und ist für kleinere Beträge nicht durchzu-

[1]) v. Liszt, Lehrbuch pag. 121—122.

[2]) Hälschner, System des preussischen Strafrechts pag. 504.

führen. Die betreffenden Angriffe sind demnach für die Rechtsordnung so gefährlich, dass nur staatlicher, strafrechtlicher Schutz helfen kann.

Ist die Handlung des Kassenboten daher keine Unterschlagung, so muss sie in anderer Eigenschaft strafbar sein — oder das deutsche Strafgesetzbuch enthält eine empfindliche Lücke. Prüfen wir zunächst, ob ein anderer Paragraph des Strafgesetzes anwendbar ist.

Nur ein einziges Delict könnte hier in Betracht kommen, die Untreue. Die charakteristischen Merkmale der übrigen gegen Vermögensrechte gerichteten Verbrechen und Vergehen — Besitzentziehung, Gewalt, absichtliche Täuschung u. s. w. — in den geschilderten Fall hineinzuconstruieren, ist unmöglich und auch nie versucht worden.

Für das Vorliegen einer Untreue hat sich klar und deutlich v. Schwarze ausgesprochen in seiner Abhandlung: „Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen, insbesondere an Geldstücken“[3]).

Nachdem er die Sonderstellung des Geldes gegenüber den anderen Fungibilien erläutert hat, fährt er fort: „Der Verbrauch der Geldstücke wird unter Umständen, welche den Verbrauch anderer Fungibilien zur Unterschlagung stempeln, als eine criminal strafbare Handlung erscheinen, welche man im positiven Gesetze in ihrer Bestrafung der Unterschlagung gleichachten, oder welche man unter die Kategorie strafbarer Untreue stellen kann“[4]).

Da Ersteres reichsrechtlich nicht geschehen ist, bleibt nur die Untreue übrig.

Dagegen kommt der zweiten Eventualität die Fassung des § 266 Ziffer 2 des Strafgesetzbuches ent-

---

[3]) In Goltdammers Archiv VII, 289 ff.

[4]) l. c. pag. 299.

schieden zu statten. Danach werden wegen Untreue mit Gefängniss bestraft: Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen. Hierdurch ist die Forderung des ehemaligen Preussischen Strafgesetzbuches, der Thäter müsse mit einem gewissen öffentlichen Charakter bekleidet sein[5]), aufgegeben und das Umfangsgebiet der Untreue bedeutend erweitert worden. Dennoch nicht weit genug, als dass wir auf den Begriff der Unterschlagung an baarem Gelde verzichten könnten. Zunächst blieben alle die Fälle unerledigt, in denen der Thäter ohne Wissen und Willen des Eigentümers, aber auf rechtmässigem Wege den Gewahrsam erlangte. Man kann doch unmöglich den Finder eines Zwanzigmarkstückes als Bevollmächtigten des Verlierers auffassen. Aber auch wenn der Gewahrsam vom Eigentümer übertragen worden ist, wie dem Kassenboten unseres Beispieles, kann die Anwendbarkeit des § 266, 2 ausgeschlossen sein. Will man die Untreue in der Consumtion der Geldstücke sehen, so stellen sich dieselben Widersprüche zwischen Civil- und Strafrecht wie bei der Annahme einer Unterschlagung ein. Denn ersteres sanctioniert ausdrücklich die eigenmächtige Verwandlung der dinglichen Klage des Eigentümers in eine persönliche, seitens des Gewahrsamsinhabers. Ebensowenig aber geht es an, in dem Verhalten des Kassenboten nach der Consumtion eine absichtliche Verfügung über eine Forderung seines Auftraggebers zum Nachteile desselben zu sehen[6]). Mit demselben Rechte könnte der böswillige Schuldner, der im Bewusstsein seiner

[5]) Berner, Lehrbuch pag. 576.

[6]) v. Stemann, Unterschlagung und Untreue pag. 33: „Die Verletzung einer generischen Erstattungspflicht soll von dem Vergehen der Untreue ausgenommen bleiben."

gänzlichen Mittellosigkeit das erborgte Geld vergeudet, wegen Untreue belangt werden.

Diese Auffassung führt dahin, in jeder wissentlichen Verletzung fremder Forderungsrechte eine strafbare Verfügung zu sehen[7]). Ihre letzte Consequenz ist die völlige Gleichstellung des civilen und criminellen Unrechtes.

Daher ist auch Meyers Ansicht, die Untreue diene sehr wesentlich zur Ergänzung des Begriffes der Unterschlagung[8]), rücksichtlich der Delicte an baarem Gelde nur mit grosser Vorsicht aufzunehmen. Unbedingte Zustimmung verdient dägegen Berners Hinweis auf die Häufigkeit des ideellen Zusammentreffens von Unterschlagung und Untreue[9]).

Schwarze selbst hat die von ihm in der besprochenen Untersuchung entwickelte Doctrin später wieder fallen lassen und sich der Partei angeschlossen, welche durch Aufstellung eines besonderen strafrechtlichen Eigentumsbegriffes die Möglichkeit einer Unterschlagung an baarem Gelde formell zu rechtfertigen suchte. Die Kritik dieser Lehre gehört daher in einen anderen Zusammenhang, obwohl ihre materiellen Ergebnisse den soeben widerlegten Behauptungen sehr nahe kommen.

II. Verhältnis zu den Thatbestandsmomenten des § 246.

§ 4.

a) Das objective Moment der fremden Sache.

Es giebt also strafwürdige Consumtionen fremden, baaren Geldes, für welche mit Ausnahme des § 246 keine in unserem Strafgesetzbuche enthaltene Straf-

[7]) Merkel in v. Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts III, 695.
[8]) Lehrbuch pag. 722.
[9]) Lehrbuch pag. 577.

drohung zutrifft. Auf indirectem Wege ist der Nachweis gelungen, dass dieselbe Handlung, an welche die civilrechtliche Folge des Eigentumsüberganges geknüpft ist, unter Umständen einen rechtswidrigen Angriff auf die Eigentumsordnung darstellen, d. h. dem Thatbestande der Unterschlagung entsprechen muss, falls wir keine Lücke in unserer Strafgesetzgebung zugeben wollen.

Für letztere Annahme spricht allerdings, dass mehrere Landesstrafgesetze besondere Bestimmungen über die „Unterschlagung an Fungibilien" enthielten[1]). Auf dieses Auskunftsmittel hat der Gesetzgeber für das Reich ausdrücklich verzichtet[2]), doppelt schwer würde ihn also der erhobene Vorwurf treffen. So erklärt sich die Fülle der Versuche, die Möglichkeit einer Unterschlagung an baarem Gelde nach Massgabe des § 246 zu erweisen. Zu diesem Ziele sind von den Criminalisten zwei vollkommen entgegengesetzte Wege eingeschlagen worden.

Die Anhänger der ersten Gruppe haben darauf verzichtet, die thatsächlich unentbehrliche Lösung der Frage zu finden, unter welchen Umständen eine Handlung, die civilrechtlich den Eigentumsübergang bewirkt, die Eigentumsordnung straffällig verletzen kann. Sie erkennen vielmehr die Berechtigung der Consumtion ausnahmslos an. Die persönliche Forderung, welche dem Eigentümer des consumierten Geldes noch bleibt, geben sie dann im Wege der bereits erwähnten extensiven Interpretation für ein geeignetes Object einer

[1]) Baden 1845, Hessen 1841 (Art. 280), Oldenburg (Art. 209). Sachsen (Art. 287), Württemberg. Gesetz v. 13. August 1849 (Art 30).

[2]) Motive zu § 241 des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (§ 246 des Reichs St. G. B.): „Die Unterschlagung an sogenannten fungiblen Sachen, insbesondere an Geld, ist in dem Entwurf nicht besonders behandelt worden."

Unterschlagung aus und ermöglichen so die Anwendbarkeit des § 246. Mit anderen Worten: Man erklärt eine Forderung für eine bewegliche Sache und construiert hiermit, da durch den erwähnten Paragraphen bekanntlich nicht die Substanz oder der Wert der Sache, sondern das Eigentum an derselben geschützt wird, Eigentum an einem Rechte. Nun ist den Verfechtern dieser Ansicht natürlich nicht unbekannt, dass das geltende bürgerliche Recht ein Eigentum an res incorporales nicht anerkennt[3]). So gipfelt ihre Theorie denn in der Aufstellung eines besonderen strafrechtlichen Eigentums!

Der scheinbar vorhandene Widerspruch zwischen Civil- und Criminalrecht wird nicht gelöst, sondern als berechtigt anerkannt. Freilich haben sich die Anhänger dieser Gruppe stets so vorsichtig ausgedrückt, dass auf den ersten Blick der wahre Kern ihrer Doctrin nicht zu Tage tritt.

Gewöhnlich sprechen sie nur davon, dass ein und dieselbe Sache, welche civilrechtlich bereits den Eigentümer gewechselt hat, strafrechtlich noch im Eigentume des früheren Herrn stehe. In unserem Falle soll also das baare Geld nach der Consumtion für den Gewahrsamsinhaber zugleich eigene und fremde Sache sein. Nun geniesst der Eigentümer bekanntlich vor allem den Vorzug, dass kein anderer ohne seinen Willen über die Sache verfügen darf[4]). Demnach müssten zwei Personen berechtigt sein, sich gegenseitig von jeder Ver-

[3]) cf. Anmerkung 5 zu § 1 der Abhandlung. Auf die falsche Lehre des allgemeinen Landrechts, welches bekanntlich in § 2, I, 8 „alles was einen ausschliessenden Nutzen gewähren kann", als Object des Eigentums betrachtet, sich zu stützen, haben die Anhänger des strafrechtlichen Eigentums offenbar selbst verschmäht.

[4]) Windscheid, Pandekten I, pag. 491. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches § 818.

fügung über das betreffende Object auszuschliessen. Es ist nicht recht ersichtlich, welche Rechte ihnen als Eigentümern dann eigentlich noch zustehen. In Wahrheit besteht eben das strafrechtliche Eigentum nicht an dem bereits consumierten Gelde, sondern an der Forderung, welche an dessen Stelle getreten ist.

Die ganze Irrlehre stammt aus der fehlerhaften Vermischung der Begriffe Unterschlagung, Betrug und Untreue, welche das Allgemeine Landrecht[5]) enthielt; die Folge hiervon war das Verblassen der Grenzlinie zwischen res corporales und incorporales. Trotzdem bereits das Preussische Strafgesetzbuch von 1851 mit dieser Systemlosigkeit brach und die wahre Natur der Unterschlagung durch Zusammenstellung mit dem Diebstahl betonte, hielt besonders das Preussische Obertribunal daran fest, dass baares Geld unterschlagen werden könne, selbst wenn civilrechtlich nur noch ein persönlicher Anspruch auf den Wert desselben vorhanden wäre. Seit Inkrafttreten des Reichsgesetzbuches ist fast allgemein anerkannt worden, dass für den Eigentumsübergang nur die civilrechtlichen Normen am forum delicti commissi massgebend sein können.

Dennoch geht von Liszt wohl zu weit, wenn er den Begriff des strafrechtlichen Eigentums heute „als von allen Seiten aufgegeben betrachtet[6])". Von Commentaren des Strafgesetzbuches halten noch zwei treu zu jener Lehre. Schwarze führt aus: „Der factische Eigentumsübergang" (z. B. die Vermischung des fremden Geldes mit dem eigenen) „reicht nicht aus, die Unterschlagung auszuschliessen[7])".

[5]) II, 20, § 1347 ff.

[6]) Lehrbuch pag. 459.

[7]) Commentar, § 246, 6. Viel Gewicht scheint Schwarze auf diese Theorie allerdings nicht zu legen, da er auch das ganze Rüst-

„Übrigens werden die Fragen über den Eigentumsübergang zwar zunächst nach civilrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden sein, jedoch reichen dieselben nicht hin, um das criminalistische Bedürfnis vollständig zu decken[8])."

Ebenso erklärt Hahn[9]): „Der Ausdruck „fremde bewegliche Sachen" begreift nicht blos diejenigen Sachen, welche vindiciert werden können, umfasst vielmehr fungible und nicht fungible Sachen, insbesondere auch Gelder".

Da nun zweifelsohne auch Geld vindiciert werden kann, so lange es seine individuelle Erkennbarkeit noch nicht verloren hat, d. h. vor der Consumtion[10]), so giebt Hahn in den citierten Worten die Möglichkeit einer Unterschlagung an consumiertem Gelde, also an einer Forderung zu. Auch er ist daher zu den Verfechtern des strafrechtlichen Eigentums zu zählen.

Die auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches gefällten Entscheidungen, welche ein besonderes strafrechtliches Eigentum anerkennen, führt Olshausen unter No. 7 und 14 seines Commentars zu § 246 auf. Wenn es sich auch nicht in allen dort angezogenen Fällen um Eigentumserwerb durch Consumtion baaren Geldes handelt, so ist doch allen folgende für uns wichtige Annahme gemeinsam:

Der civilrechtliche Eigentümer einer Sache kann eine Unterschlagung an derselben begehen, wenn sie noch strafrechtlich in fremdem Eigentume steht, d. h. wenn jemand gegen ihn eine persönliche Forderung auf die Sache hat.

---

zeug seiner Gegner, insbesondere Hugo Meyers Umwechseltheorie fleissig benutzt.

[8]) eodem loco § 246, 7.

[9]) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich § 246, Anmerk. 2.

[10]) cf. Anmerkung 6 zu § 2 der Abhandlung.

So urteilt das Ober-Tribunal unter dem 6. Juni 1879[11]):

„Der civilrechtliche Eigentumsbegriff ist für die Frage, ob eine Sache im Sinne des § 246 des Strafgesetzbuchs eine fremde sei, nicht entscheidend."

Weiter wird ausgeführt, dass eine irrtümlich gezahlte Summe durch den Empfänger unterschlagen werden kann, obwohl sie bereits dergestalt in sein Eigentum übergegangen ist, „dass sie nur mittels der Condiction zurückverlangt werden kann".

Ähnlich bestimmt eine Entscheidung desselben Gerichtes vom 14. Juni 1879[12]).

„Die aus dem Civilrecht gewonnene Rechtsanschauung lässt sich für die Auslegung des § 246 des Strafgesetzbuchs nicht verwerten."

Nicht zu vergessen ist hier ferner die sehr ausführliche Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 4. April 1876[13]).

Ein Notar hat 500 Frcs., welche er für einen Auftraggeber erhoben hat, nicht abgeliefert. Es wird zugegeben, dass der Mandant nur die Zahlung einer gleichen Summe beanspruchen konnte, da keine Erstattung in specie ausbedungen war. Die Rechtmässigkeit der Consumtion des Geldes durch den Notar wird also ausdrücklich anerkannt.

Dennoch sei dieser nicht berechtigt gewesen, sich nur als persönlichen Schuldner seines Mandanten zu betrachten, die Summe sei ihm daher als (sc. strafrechtlich) „fremdes Geld anvertraut worden und anvertraut geblieben".

---

[11]) Oppenhoff, Rechtsprechung des Ober-Tribunals in Strafsachen XX, 298.

[12]) eodem loco XX, 295.

[13]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts XX, 66.

Schliesslich hat auch das Reichsgericht[14]) unter dem 7. October 1881 ausgesprochen, dass es zwar im Leben dem Mandanten gewöhnlich gleichgültig sei, in welchen Münzen, denselben oder anderen, die Rückerstattung erfolge, „dass er aber nichtsdestoweniger das Eigentum an den hingegebenen Beträgen nicht aufgeben, sondern behalten wolle!“

Die angeführten Beispiele zeugen klar dafür, dass der Begriff des strafrechtlichen Eigentums noch unter der Herrschaft des Reichsstrafgesetzbuchs in Theorie und Praxis Anhänger findet. Jedoch sei schon hier darauf hingewiesen, dass auch das Reichsgericht in den weitaus meisten Fällen mit der herrschenden Ansicht die civilrechtlichen Normen als massgebend für den Eigentumsübergang betrachtet hat.

Mit vollem Rechte!

Die Gegner gehen von der vollkommen falschen Prämisse aus, Strafrecht und bürgerliches Recht seien materielle Gegensätze. Strafrecht und Civilrecht sind aber nichts als staatlicher Schutz der Rechtsgüter in verschiedener Form! Vermag der einfache Zwang zur Achtung fremder Interessen, wie er sich schliesslich in der Person des Gerichtsvollziehers verkörpert, nicht mehr zu genügen, so tritt ein erhöhter Schutz des bedrohten Rechtsgutes ein, indem die Verletzung mit Strafe bedroht wird. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet erscheint die Haltlosigkeit der Construction des strafrechtlichen Eigentums im hellsten Lichte. Welcher Widersinn liegt in dem Bestreben, ein angegriffenes Rechtsgut in dem Augenblicke, da ihm grössere Sicherheit gewährt werden soll, durch ein anderes zu verdrängen. Diese Formulierung der gemeinen Meinung könnte die Gegner verführen, sich auf § 217 des Straf-

[14]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen V, 52.

gesetzbuches stützen zu wollen. Wenn aber dort ein Kind schon während der Geburt als geeignetes Object einer Tötung, d. h. als lebender Mensch[15]) bezeichnet wird, so ist damit durchaus kein besonderes strafrechtliches Rechtsgut des Lebens geschaffen, im Gegensatze zum Civilrecht, welches die vollkommene Trennung vom Mutterleibe als Beginn des Lebens bezeichnet. Hier liegt in Wahrheit eine in Anbetracht der Unersetzlichkeit des menschlichen Lebens gerechtfertigte extensive Interpretation civilrechtlicher Normen vor, welche durch die Worte „in oder gleich nach der Geburt" gesetzlich fixiert ist[16]). Die Verschiedenheiten des Embryos während des Geburtsactes und des neugeborenen Kindes sind unendlich geringe. Die Forderung von der körperlichen Sache, als Object des Eigentums, trennt eine unüberbrückbare Kluft. Jeder Versuch, den § 246 in Analogie des § 217 erläutern zu wollen, ist daher vollkommen ausgeschlossen, selbst wenn ein solches Vorgehen im Gebiete des Strafrechtes statthaft wäre.

Von einer höchst merkwürdigen Argumentation zu Gunsten des strafrechtlichen Eigentums berichtet noch Kapff in seiner Monographie: „Die Unterschlagung"[17]).

Danach soll die Aufstellung dieses Begriffes notwendig sein, weil sonst die im Gebiete des deutschen Strafgesetzbuches geltenden verschiedenen Privatrechte

[15]) Berner, Lehrbuch pag. 494.

[16]) Die Uebereinstimmung zwischen dem Strafrechte und dem bürgerlichen Rechte erkennen auch die Motive zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches I, pag. 29 an: Eine Leibesfrucht kann nicht Trägerin von Rechten sein. „Damit ist nicht unvereinbar, dass dem werdenden Menschen wie auf strafrechtlichem Gebiete, so auch auf privatrechtlichem eine gewisse Berücksichtigung zu Teil wird".

[17]) pag. 38 und 40. cf. auch Rubo § 242, 3.

die Gleichmässigkeit der Strafrechtspflege gefährden würden. Für unsere specielle Aufgabe ist diese Behauptung vollkommen gegenstandslos, weil nach sämtlichen particulären Civilrechten die Consumtion des baaren Geldes den Eigentumsübergang begründet[18]). Und auch im übrigen enthält jener Einwand nichts als die wohl nirgends angezweifelte Wahrheit, dass die Fertigstellung des bürgerlichen Gesetzbuches äusserst wünschenswert erscheint.

Die juristischen Gründe, mit denen man es versucht hat, die Construction des strafrechtlichen Eigentums zu begründen, sind somit als hinfällig erwiesen. Man hat ferner eine Rechtfertigung dieses Begriffes aus allgemeinen Zweckmässigkeitsrücksichten versucht. Insbesondere hat das Ober-Tribunal in der bereits besprochenen Entscheidung vom 6. Juni 1879 erklärt, dass es sich im Interesse der Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr für berechtigt halte, von dem „formalen Eigentumsbegriff" abzuweichen.

Nun ist die moderne Rechtswissenschaft ja glücklicherweise weit davon entfernt, die alte Parömie: „Fiat justitia, pereat mundus" in dem Sinne auslegen zu wollen, dass die Lebensinteressen des Verkehrs formalistischer Begriffsstrenge zuliebe geschädigt werden dürften. Wohl aber ist es die Pflicht einer jeden Wissenschaft, ihre Grundbegriffe in unberührter Reinheit zu erhalten. Und ein solcher Grundbegriff ist der des Eigentums, und nicht allein für die Jurisprudenz! Mit dem Begriffe des Eigentums steht und fällt unsere heutige Gesellschaftsordnung. Darum rüttele und deutele man nicht an ihm. Es giebt nur ein Eigentum: Das Eigen-

[18]) A. L. R. I, 15, § 46. l. 78 D. de solut. 46, 3. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches § 863, 2.

tum, wie es das Civilrecht aufstellt und in Gemeinschaft mit dem Strafrechte schützt. Nach civilrechtlichen Normen ist der Eigentumsübergang zu bestimmen. Nun spricht das bürgerliche Recht dem Gewahrsamsinhaber baaren Geldes das Eigentum vom Momente der Consumtion an zu, also bildet es nur bis zu diesem Zeitpunkte in seiner Hand eine „fremde Sache". Später kann er sich an diesem Objecte keiner Unterschlagung mehr schuldig machen[19]).

b) Das subjective Moment der rechtswidrigen Aneignung.

§ 5.

α) onus probandi.

Die ganze Theorie vom strafrechtlichen Eigentum erscheint als ein missglückter Versuch zur Umgehung der Cardinalfrage: Unter welchen Umständen ist die Consumtion fremden baaren Geldes durch den Gewahrsamsinhaber strafbar?

Die Anhänger der zweiten Gruppe haben sich mutig an deren Beantwortung gemacht. Zum Ausgangspunkte wurde allgemein der Fingerzeig benutzt, welchen die Motive zum Strafgesetzbuche an der einschlägigen Stelle geben. Dort wird zur Beurteilung der Fälle von Unterschlagung an baarem Gelde auf das Thatbestandsmerkmal „rechtswidrig sich angeeignet" verwiesen. Im strengsten Gegensatze zu den geschilderten Anstrengungen der ersten Gruppe, durch Interpretation des objectiven Moments der „fremden Sache" zum Ziele zu gelangen, schritt man demgemäss zu einer Durchforschung des subjectiven Thatbestandes der Unterschlagung, d. h.

[19]) Berner, Lehrbuch pag. 555, No. 4. — v. Liszt, Lehrbuch pag. 459. — Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht II, 358. — Meyer, Lehrbuch 632 und Andere.

man suchte die Fälle zu bestimmen, in denen die Vornahme der Consumtion an sich eine rechtswidrige Aneignung darstellt.

Wir haben bereits oben (§ 1) erklärt, was unter diesem Ausdrucke des § 246 zu verstehen ist. Er bildet eine Breviloquenz für den Gedanken: Anmassung der Eigentumsbefugnisse, ohne dass der Wille des Eigentümers oder ein sonstiger Rechtsgrund das Eigentum selbst überträgt. Nimmt man nun an, dass die Consumtion baaren Geldes einen ganz eigenartigen Rechtsgrund zum Eigentumsübergange in sich trägt, so wäre rechtswidrige Consumtion undenkbar. Diese Annahme ist also gemäss unseren bisherigen Ausführungen falsch (§ 3). Die Rechtsordnung hat freilich bisweilen mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit einer Sache an gewisse natürliche Vorgänge unmittelbar die Folge des Eigentumsüberganges geknüpft. Vor allem ist in dieser Beziehung die Kraft des Grund und Bodens, das Eingepflanzte, Eingebaute, Angeschwemmte festzuhalten, anerkannt worden.

Auch die Folgen der Consumtion baaren Geldes sind nun auf die Wirkungen einer natürlichen Eigenschaft desselben, seiner ausserordentlichen Vertretbarkeit, zurückzuführen. Diese wirkt aber nicht direct als Grund zum Eigentumsübergange, sondern zunächst nur auf den Willen des Eigentümers. Die Rechtswidrigkeit oder Rechtmässigkeit der Consumtion, d. h. ihr Verhältnis zur Rechtsordnung entspricht, daher der Stellung, die sie zum Willen des Eigentümers einnimmt.

Hiermit scheiden aus der ferneren Untersuchung die beiden Fälle aus, in denen zwischen Eigentümer und Gewahrsamsinhaber betreffs der Erstattung in specie oder in genere besondere Abreden getroffen wurden. Betonte die Vereinbarung die Wichtigkeit der species, so ist die ausdrücklich verbotene Consumtion selbstver-

ständlich stets rechtswidrig und als Unterschlagung strafbar.

Schwarze leugnete zwar in dem bereits besprochenen Aufsatze[1]) die Möglichkeit, dass die blosse Verordnung des Tradenten ausreiche, baares Geld zur species, und somit die Consumtion zu einer dolosen Handlung zu stempeln. Die Ausführungen seiner Gegner[2]) müssen ihn jedoch überzeugt haben, denn in seinem Commentar zu § 246 lässt er (unter N. 6) „die Willensmeinung der Contrahenten darüber entscheiden", ob anvertraute Fungibilien in specie oder in genere zu erstatten sind.

Den früher von ihm behaupteten Standpunkt nimmt jetzt Finger[3]) ein. Nach dessen Ansicht vermag die Vereinbarung, in specie zu erstatten, nur dann wirksam zu werden, „wenn mit Rücksicht auf dieselbe Verhältnisse geschaffen werden, die die regelmässige Eigenschaft des Geldes, seine Fungibilität im einzelnen Falle ausschliessen". Der logische Fehler liegt auf der Hand. In der Herstellung der betreffenden factischen Verhältnisse, welche die Vorbedingung der Wirksamkeit jener Abrede sein soll, wirkt diese ja bereits. Wenn ich einem Bekannten 50 Mark übergebe und mir Rückgabe derselben Stücke ausbedinge, so wird dieser eben durch mein Wort verpflichtet, Anstalten zu treffen, welche verhüten, dass die anvertrauten Münzen ihre individuelle Erkennbarkeit verlieren. Kann ich ihm ein entgegengesetztes Vorgehen nachweisen, so ist er wegen Unterschlagung strafbar. Es hat somit eine Entziehung der Fungibilität des Geldes stattgefunden. Wenn man daher nicht etwa annehmen will, dass die unterlassene Her-

[1]) Goltdammers Archiv VII, 307.

[2]) Hälschner in Goldammers Archiv IV, pag. 11 ff. — Huber, Unterschlagung pag. 97.

[3]) Die Veruntreuung an Baarcautionen pag. 29.

stellung jener „factischen Verhältnisse“ dies bewirkt habe, so wird man zugeben müssen, dass eine blosse Vereinbarung baares Geld zur species zu erheben vermag.

Ganz im Gegensatze zu Fingers Behauptungen ist vielmehr derartigen äusseren Veranstaltungen, wie er sie im Sinne hat, an uns für sich jede Bedeutung abzusprechen. Dieselben kommen nur in Betracht, wenn sich in ihnen der Wille des Berechtigten documentiert d. h. als concludente Handlungen.

In dieser Eigenschaft begründen sie natürlich nach den allgemeinen Grundsätzen die gleichen Wirkungen wie ein entsprechendes ausdrückliches Verbot. Ist also beispielsweise Geld in einem versiegelten Briefumschlage dem Boten übergeben worden, so darf nicht etwa, wie man früher wohl annahm, das Erbrechen des Siegels als Untreue bestraft und die eigentliche Aneignung als rechtmässige Consumtion betrachtet werden[4]). Vielmehr hatte der Bote das in der Versiegelung bekundete Interesse des Übergebenden an der species zu achten. Indem er gegen den Willen des Eigentümers handelte, verletzte er die Eigentumsordnung und beging eine Unterschlagung.

Andererseits ist natürlich die Consumtion stets erlaubt und somit jede Unterschlagung ausgeschlossen, wenn die Erstattung in genere ausdrücklich bewilligt war. Eine entsprechende concludente Handlung ist hier nicht gut denkbar. Die Fälle, in denen eine solche vorzuliegen scheint (z. B. Zuzählen des Geldes), decken sich vielmehr mit der Sachlage, dass keine Bestimmung über die Consumtion getroffen wurde.

Hierfür steht nur die eine Thatsache fest, dass der Gewahrsamsinhaber baaren Geldes mit Rücksicht auf

[4]) Huber, Unterschlagung pag. 98.

dessen Vertretbarkeit unter Umständen berechtigt erscheint, die Einwilligung des Eigentümers zur Consumtion zu präsumieren.

Zunächst ist in dieser Hinsicht die Beweislast bestritten.

Die Anhänger der einen Partei stützen sich vorwiegend auf die Anomalie, welche der Eigentumsübergang kraft einer Präsumtion bildet. Sie folgern hieraus die Pflicht, in specie zu erstatten, als Regel. Jedoch kann die Widerrechtlichkeit der Consumtion auch mangels besonderer Abrede aufgehoben werden, falls besondere Umstände, deren Vorhandensein im Einzelfalle nachzuweisen ist, den Thäter berechtigen, die Einwilligung des Eigentümers zu präsumieren.

Andererseits gehen die Gegner von der Eigenart des baaren Geldes aus, welches regelmässig nur als Quantität in Betracht kommt. Sie präsumieren daher schlechthin die Rechtmässigkeit der Consumtion, so lange nicht entgegenstehende Vereinbarungen oder sonstige Umstände das Gegenteil bewirken. Hierüber ist im Einzelfalle Beweis zu erheben.

Die Auffassung der ersten Partei hat eine treffliche Formulierung bei Binding gefunden: „Nur wenn der Thäter denkt — der Eigentümer werde der Aneignung zustimmen, fällt der Vorsatz zu dem Eigentumsverbrechen fort“[5]). Ähnlich erklärt Hälschner: „So lange der Wille des Berechtigten zweifelhaft ist, wird angenommen werden müssen, dass dieser Ablieferung in specie erwarte“[6]).

Die Widerrechtlichkeit der Consumtion bildet hiernach die Regel; die Ausnahmen werden durch bestimmte

[5]) Binding, Normen II, pag. 541.

[6]) Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht II, pag. 358. Ebenso auch Entscheidung des Badischen Oberhofgerichtes bei Stenglein III, 204.

Umstände hervorgerufen, deren Beschaffenheit uns erst weiter unten beschäftigen soll.

Ebenso klar sprechen Berners Ausführungen für die Gegner: Darf der Thäter zur Consumtion die Einwilligung des Eigentümers voraussetzen, so ist die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Diese Voraussetzung ist am leichtesten gerechtfertigt bei Geld, dieser generellen Sache, bei welcher es auf die Species in der Regel nicht ankommt[7]). Dieser Auffassung schliesst sich auch Oppenhoff an: „In solchen Fällen wird es dem Berechtigten regelmässig gleichgültig sein, ob er die Erstattung in denselben oder anderen gleichwerten Species erhält“[8]).

Die Rechtmässigkeit der Consumtion ist also anzunehmen, solange nicht der Gegenbeweis erbracht ist. Für eine rein theoretische Behandlung der „Unterschlagung an baarem Gelde“ ist die geschilderte Meinungsverschiedenheit von geringer Bedeutung, da, wie sich bald ergeben wird, die wirklich rechtswidrigen Fälle in beiden Lagern gleichmässig als solche betrachtet werden. Diese Erkenntnis wird uns aber auch darüber aufklären, dass, wie ebenfalls beiderseitig zugegeben wird, oftmals eine über jeden Zweifel erhabene Feststellung der schuldbegründenden beziehungsweise schuldausschliessenden Momente unmöglich ist. Hier zeigt sich die ausserordentliche Wichtigkeit des Streites für die Praxis. Geht aus der Beweisaufnahme nicht mit Sicherheit hervor, dass der Thäter die Einwilligung des Eigentümers voraussetzte, so müssen Binding und seine Anhänger ihn verurteilen. Dagegen müsste nach Berners Theorie die Freisprechung erfolgen, da der zur Verurteilung erforderliche Nachweis der Widerrechtlich-

[7]) Berner, Lehrbuch pag. 555.

[8]) Oppenhoff, Commentar § 246, 7.

keit nicht zu erbringen war. Unzweifelhaft ist letztere Ansicht die allein richtige. Nur ihre Prämissen treffen zu, nur ihre Folgerungen sind zu billigen.

Würde die Bedeutungslosigkeit der species beim baaren Gelde nicht den Anschauungen des täglichen Lebens entsprechen, so hätte die Rechtsordnung nimmermehr den Eigentumsübergang durch Consumtion sanctionieren können. Denn das Recht, „die durch den allgemeinen Willen aufrecht erhaltene Ordnung der Lebensverhältnisse“[9]) zwingt dem Verkehre keine aus der Luft gegriffenen Bestimmungen auf, sondern erkennt seine Bedürfnisse an. Der Weg, auf welchem sich die Anerkennung der Fungibilität gewisser Sachen, insbesondere des baaren Geldes, im Recht vollzog, ist daher folgendermassen zu denken: Der Consens der Contrahenten bestimmte anfangs im Einzelfalle die Vertretbarkeit der betreffenden Objecte mit Rücksicht auf deren natürliche Eigenschaften. Allmälig bildete sich nun ein fester Kreis von Gegenständen, welche der Parteiwille gemäss ausdrücklich beigefügter Erklärung regelmässig nur als Quantität in Betracht zog. Die jedesmalige Vereinbarung dieser Klausel ersparte die Rechtsordnung den Vertragschliessenden später, indem sie die Vertretbarkeit jener Sachen als dispositive Regel anerkannte[10]). Berners Voraussetzungen sind demnach unanfechtbar. Ebenso steht fest, dass unsere Strafprocessordnung[11]) zwar eine Freisprechung mangels ge-

[9]) Dernburg, Pandekten I, pag. 44.

[10]) Dernburg, Preussisches Privatrecht I, 143. Die Vertretbarkeit ist eine durch die Verkehrssitte geschaffene Eigenschaft der Sachen. Hiernach wird deren regelmässige Behandlung bestimmt, ohne dass ausgeschlossen ist, im einzelnen Falle Fungibilien als Species zu behandeln.

[11]) § 266, Absatz 4. „Wird der Angeklagte freigesprochen, so müssen die Urteilsgründe ergeben, ob der Angeklagte für nicht überführt . . . . . erachtet worden ist.

nügender Schuldbeweise, nicht aber eine Verurteilung, weil der Angeklagte seine Schuldlosigkeit nicht darzuthun vermochte, vorgesehen hat.

§ 6.

β) Thema probandi.

Somit gewinnen wir das Resultat: Die Consumtion fremden baaren Geldes durch den Gewahrsamsinhaber ist stets rechtmässig, falls ihn nicht ausdrückliche Abrede oder sonstige wichtige Umstände zwingen, ein Interesse des Eigentümers an der Erstattung in specie zu berücksichtigen.

Ein solches ausdrückliches Verbot kann selbstverständlich den mannigfaltigsten Motiven entspringen. Welche seltsamen Gedanken vermögen nicht im Kopfe eines Einzelnen aufzutauchen und eine besondere Vorliebe für bestimmte Geldstücke wachzurufen. Selbst der Einfluss unsinniger, abergläubischer Vorstellungen ist hier nicht zu unterschätzen. Die Beweggründe des Untersagenden kümmern keinen Dritten; nur mit der Thatsache des Verbotes muss gerechnet werden. Verlangt die Rechtsordnung aber in Ermangelung specieller Abrede, dass der Gewahrsamsinhaber des Geldes die Wünsche des Eigentümers errät, so darf sie nur die Berücksichtigung solcher Umstände voraussetzen, deren Bedeutung gewürdigt zu werden pflegt.

Erinnern wir uns jetzt der oben gefundenen Begriffsbestimmung des baaren Geldes, aus welcher klar dessen einzige rechtmässige Function als Wertrepräsentant hervorging, so ergiebt sich, dass allein die Furcht vor einem Verlust von Werten hier in Betracht kommt.

Wann droht nun die Consumtion dem Eigentümer diese Gefahr? Nur in dem einen Falle, dass die Forderung, welche an die Stelle seiner bisherigen dinglichen Klage tritt, von zweifelhafter Bonität ist, dass die recht-

zeitige Erstattung in genere unsicher erscheint. Das Interesse des Eigentümers, rechtzeitig wieder die entsprechenden Werte zur Verfügung zu haben, ist ein solches allgemein anerkanntes, welches im gegebenen Falle erraten werden muss.

Hierauf hat der Gewahrsamsinhaber sein Augenmerk zu richten. Jeder begründete Zweifel an seiner rechtzeitigen Zahlungsfähigkeit ersetzt ein ausdrückliches Verbot der Consumtion und begründet deren Rechtswidrigkeit[1]).

Vollkommen belanglos ist natürlich eine noch so ernstliche Ersatzabsicht des Consumenten. Diese vermag selbst, wenn sie wirklich zur Ausführung gelangt, höchstens den angerichteten, abschätzbaren Schaden wieder gut zu machen. Die Thatsache dagegen, dass eine Gefährdung des Vermögens eingetreten war, ist nicht mehr aus der Welt zu schaffen. Sobald Ersatzabsicht und Zweifel an der rechtzeitigen Zahlungsfähigkeit zusammentreffen, zwingt gewissermassen der Thäter den Eigentümer des Geldes, ihm ein Darlehen zu geben. Dass jener aus freien Stücken nicht so handeln würde, muss er sich bei seinen precären Vermögensverhältnissen sagen. Er handelt also bewusstermassen gegen den Willen des Berechtigten und verletzt damit die Eigentumsordnung. Der dadurch verursachte Schaden aber ist unabschätzbar. Hier kann daher von Ersatz keine Rede sein[2]).

---

[1]) Entsprechend der oben bekämpften Binding-Hälschnerschen Auffassung von der Fungibiliennatur des baaren Geldes formulieren diesen Gedanken: Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht II, 359. — Derselbe in Goltdammers Archiv XV, 13. — Binding, Normen II, 541. — Kapff, Unterschlagung pag. 99. — Merkel in v. Holtzendorffs Strafrecht III, 704.

[2]) Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen I, 274. Stenglein IV, 374 erkennen die Belanglosigkeit des geplanten, wie geleisteten Ersatzes an.

Aus ähnlichen Gründen wird die Rechtswidrigkeit der Consumtion nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Thäter animo compensandi handelte. Der Zwang, den er auf den Willen seines Schuldners ausübte, erscheint als ein Akt der Selbsthülfe. Und diese ist bekanntlich strafbar, sobald sie, wie im vorliegendem Falle, den Thatbestand eines Delictes erfüllt[3]).

Bereits vor Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches hatte man eingesehen, wie wichtig der Eintritt einer Vermögensgefährdung für die Erklärung der Unterschlagung an baarem Gelde sei. Man verkannte jedoch deren wahre Bedeutung als Beweismoment für den dolus und erhob meist eine wirklich eingetretene Vermögensschädigung zum Thatbestandsmerkmale. Auch dieses musste natürlich der Vorsatz des Thäters umfassen[4]), er selbst also in der Absicht, fremdes Vermögen zu schädigen, handeln.

Der nächste Schritt auf der einmal betretenen Bahn führte zum Erfordernis der Bereicherungsabsicht, und so wandelte sich die Unterschlagung schliesslich in ein Delict gegen das Vermögen. Besonders in den Landesstrafgesetzen und bei ihren Erklärern war diese falsche Auffassung vielfach vertreten[5]).

---

[3]) Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen II, 48. (Urt. v. 5. Mai 1880). Dernburg, Phantasie im Rechte: „Nach dem Wortlaute des Gesetzes fällt unter Unterschlagung auch blosse Selbsthülfe, wenn sich der Thäter eigenmächtig zur Befriedigung seiner wohlbegründeten Ansprüche geschuldete Gegenstände aneignete."

[4]) „Vorsatz ist die wissentliche Verwirklichung sämtlicher Verbrechensmerkmale". v. Liszt, Lehrbuch pag. 174.

[5]) Mit Unrecht wird meines Erachtens gewöhnlich Köstlin hierher gerechnet. Dieser hat weder, wie Huber (Unterschlagung pag. 100) ihm unterschiebt, behauptet, „dass der geleistete Ersatz den Thatbestand der Veruntreuungen negiere", noch, wie Binding (Normen II, 557) will, „die Möglichkeit einer Unterschlagung an Fungibilien bei Verbrauch derselben wider des Eigentümers Willen auf Grund der

Heute findet sie verständigerweise keine Anhänger mehr.

Denn nur mit einem Angriffe auf die Eigentumsordnung haben wir es zu thun. Damit ist natürlich nicht unvereinbar, dass das Verbot, welches allein die Consumtion baaren Geldes zu einem solchen Angriffe zu stempeln vermag, aus Furcht vor einer Vermögensgefährdung gegeben, oder doch als gegeben zu betrachten ist. Wenn der Bewohner eines berühmten Schlosses eine Schädigung seiner kostbaren Einrichtung durch die vielen Besucher besorgt und deshalb die Besichtigung durch Anschlag untersagt, so verletzt der Eindringling dennoch nicht das Vermögen, sondern das Hausrecht des Schlossherrn. Darum ist der Hausfriedensbruch aber noch kein Vergehen gegen fremdes Vermögen. Ebenso berührt es auch die Natur der Unterschlagung an baarem Gelde als Verletzung der Eigentumsordnung durchaus nicht, dass zur Begründung des dolus mangels ausdrücklichen Verbotes eine bewusste Vermögensgefährdung erforderlich ist.

Gerade die Angriffe auf das Vermögen passen in Folge der unendlich verschiedenen Formen, in denen

---

Absicht rechtzeitiger Restitution" bestritten. Köstlin schreibt vielmehr, nachdem er den Verbrauch von Fungibilien, der mit der begründeten Absicht in genere rechtzeitig zu restituieren vorgenommen wurde, als rechtmässig anerkannt hat, wörtlich (Abhandlungen pag. 343—344): „Wie beim Diebstahl so wird auch bei der Unterschlagung der dolus durch die Einwilligung des Eigentümers ausgeschlossen, selbst wenn der Inhaber diese irrtümlich aber bona fide voraussetzt." Diesen Satz, der zur Erklärung der vorhergehenden dient, haben weder Binding noch Huber genügend berücksichtigt. Aus dem Zusammenhange geht klar als Köstlins Meinung hervor, dass nicht die Restitutionsabsicht an sich die Rechtswidrigkeit der Zueignung aufhebt, sondern dass die dadurch berechtigte Präsumtion der Einwilligung des Eigentümers diesen Erfolg bewirkt. Ebenso Köstlin in Goltdammers Archiv IV, 59.

sie auftreten, oftmals in die Rahmen von Strafgesetzen, welche ursprünglich zum Schutze ganz anderer Rechtsgüter bestimmt waren. So bildet die Creditgewährung eine Abart der Verleumdung[6]), d. h. eine Verletzung der Ehre, so fällt auch die bewusste Vermögensgefährdung durch Consumtion fremden, baaren Geldes unter den Begriff der Unterschlagung, d. h. eines Angriffes auf die Eigentumsordnung.

In noch höherem Grade als die Unbegründetheit bewirkt natürlich das vollkommene Fehlen der Erstattungsabsicht die Rechtswidrigkeit der Consumtion. Nur wird diese Thatsache in den seltensten Fällen nachweisbar sein. Mit Recht ist daher (besonders auch vom Reichsgericht) der Nachdruck darauf gelegt worden, wie weit der Thäter seiner rechtzeitigen Zahlungsfähigkeit trauen durfte. Hierfür sind natürlich in erster Linie die Vermögensverhältnisse desselben ganz objectiv betrachtet massgebend.

Es ist jedoch die Rechtswidrigkeit der Handlung in den Thatbestand des § 246 mit aufgenommen, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit muss demnach vorliegen[7]).

Ein nachweisbarer Irrtum des Consumierenden über seine pecuniäre Lage, der ihn über die stattfindende Gefährdung des fremden Vermögens täuscht, würde folglich seine Handlungsweise vor dem Strafrichter rechtfertigen.

Hiermit ist nun die Grenze erreicht, bis zu der die Theorie die Voraussetzungen und Wirkungen der Erstattungsabsicht zu berücksichtigen hat. Jeder Versuch einer genaueren Bestimmung greift in das Gebiet der Aburteilung des Einzelfalles über, da er keine allgemein

---

[6]) Strafgesetzbuch § 187.

[7]) v. Liszt, Lehrbuch § 39, II.

gültigen Gesichtspunkte mehr aufzustellen vermag. Insbesondere wäre es verfehlt, feste Regeln über die Entschuldbarkeit beziehungsweise Unendschuldbarkeit der Täuschung des Thäters über seine Vermögensverhältnisse aufstellen zu wollen. Angenommen er hatte das Geld, mit dem er die consumierte Summe zu erstatten beabsichtigte, einem Bankier in Verwaltung gegeben. Dieser gerät in Concurs, er selbst wird dadurch mittellos. Überdenkt man nun die Scala von Stärke und Glaubwürdigkeit, in der etwaige Gerüchte über das bevorstehende Fallissement bereits aufgetreten sein können, ehe er consumierte, so erhellt klar die Unmöglichkeit, auf rein theoretischem Wege die strafbaren Fälle auszusondern.

Aus demselben Grunde sind auch die Bestrebungen Oppenhoffs[8]) und Meyers[9]), die Rechtmässigkeit der Consumtion nur anzuerkennen, solange diese als Umwechslung erscheint, unangebracht. Dagegen ist zu betonen, dass als schlechthin unentbehrlich nur die begründete Überzeugung der rechtzeitigen Leistungsfähigkeit verlangt werden darf. Welchen Zeitpunkt der Thäter für die factische Bereitschaft der Mittel im Auge haben musste, ist nach der Beschaffenheit der betreffenden Forderung zu bemessen. Kann die Zahlung jederzeit, eventuell sofort beansprucht werden, so liegt in der Aneignungsbefugnis des Inhabers in der That nicht mehr als ein Umwechselrecht. Nur für solche Fälle verdienen daher die verschiedenen Reichsgerichtsentscheidungen Zustimmung, welche sofortige Ersatzmöglichkeit verlangen[10]). Diese Beschränkung des Rechtes

[8]) Commentar § 246, 7. Ähnlich auch Olshausen, Commentar § 246, 14.

[9]) Lehrbuch pag. 635—636.

[10]) Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen I, 274, VI, 420.

zu consumieren trifft jedoch nicht zu, wenn „zur Rückgabe oder auftragsgemässen Verwendung eine gewisse Zeit bestimmt ist“[11]).

„Rechtzeitig“ und „wohlbegründet“ erscheinen somit, falls alle einschlagenden Fälle umfasst werden sollen, als die engsten, zulässigen Bezeichnungen der Zahlungsfähigkeit, welche der Gewahrsamsinhaber fremden baaren Geldes voraussetzen muss, um rechtmässig consumieren zu dürfen.

Freilich ist nicht zu leugnen, dass auch eine Consumtion, deren Rechtswidrigkeit die geschilderten Umstände begründen, Eigentum überträgt. Dennoch verletzt sie die Eigentumsordnung. Da man es den Geldstücken nun einmal nicht ansehen kann, ob sie mit oder ohne Einwilligung des Berechtigten ihrer individuellen Erkennbarkeit beraubt wurden, und die Anerkennung des Eigentumsüberganges im ersteren Falle Bedürfnis war, musste das Recht im Interesse der Verkehrssicherheit diese Folge ausnahmslos zugestehen.

Wer also fremdes baares Geld, welches er in Gewahrsam hat, gegen das ausdrückliche Verbot des Eigentümers oder im Bewusstsein, dessen Vermögen zu gefährden, consumiert, zwingt die Eigentumsordnung, ihr unerwünschte, aber unvermeidliche Consequenzen zu ziehen und verletzt sie dadurch.

Seine Handlung erscheint daher als Vergehen gegen § 246 des deutschen Strafgesetzbuches.

---

[11]) Entscheidung des Sächsischen Ober-Appellationsgerichtes vom 1. November 1872 bei Stenglein II, 190.

III. Anhang.

§ 7.

Der Begriff der „rechtzeitigen Erstattung" bei bestimmten Beziehungen zwischen Eigentümer und Gewahrsamsinhaber.

Es ist mehrfach der Nachweis versucht worden, dass ausser den ungünstigen Vermögensverhältnissen des Empfängers noch andere Umstände ein Consumtionsverbot des Eigentümers ersetzen könnten. Insbesondere hat v. Liszt[1]) auf die Beziehungen der Parteien zu einander hingewiesen, deren Folge der Gewahrsamsübergang war. Dieses Verhältnis entbehrt in der That nicht jeden Interesses für unsere Frage, allein es kommt nur mittelbar in Betracht.

Bereits oben ist dargelegt worden, dass es sich hier um ein Erraten unausgesprochener Wünsche handelt, und dass das Recht deshalb einzig die Beobachtung des Vermögensinteresses verlangen darf (pag. 46 47). Dagegen hiesse es ein Ungleichheit der Menschen vor dem Gesetze statuieren, wollte man eine Person, welche die nötige pecuniäre Sicherheit bietet, zwingen, die gewöhnlich zulässige Herstellung eines obligatorischen Verhältnisses zu unterlassen mit Rücksicht auf ihre dienstliche, gesellschaftliche oder sonstige Stellung. Die Gegner stützen sich unter anderen auf folgendes Beispiel[2]):

„Wer seinem Dienstboten Geld mitgiebt, um für

[1]) Lehrbuch pag. 459.

[2]) v. Stemann, Unterschlagung und Untreue pag. 18.

ihn Einkäufe zu machen, denkt gewiss nicht daran, ihn zum Eigentümer der Geldstücke zu machen". Was zunächst den Ausdruck „denkt nicht daran" betrifft, so soll damit wohl nicht gesagt sein, jener bedenke den Eigentumsübergang nicht, also sei dieser ausgeschlossen. Wer eine Handlung ausübt, hat bekanntlich die Rechtsfolgen derselben auch zu tragen, ohne dass er sich dieser im Momente der Vornahme bewusst war. Das Beispiel will vielmehr besagen: Der Dienstherr wünschte die Consumtion des Geldes zu verhindern, glaubte aber ein ausdrückliches Verbot in Anbetracht des Umstandes, dass der Empfänger sein Dienstbote sei, ersparen zu können. Weshalb sollte aber eine Bedienstete, die mit einem Fünfmarkschein auf den Markt geschickt wurde, ihre Einkäufe nicht mit einem Fünfmarkstück bezahlen und den Schein zu einer Geldsendung in Briefform verwerten dürfen? Ganz etwas anderes wäre es natürlich, wenn sie das Geld für sich verwendete und die ihr aufgetragenen Besorgungen unterliesse. Und auch hierin würde keine Unterschlagung liegen, sondern höchstens ein Grund zur Rüge wegen Ungehorsams, sobald sie der Herrschaft das anvertraute Geld rechtzeitig, d. h. hier allerdings sofort (cf. pag. 40) zurückzuerstatten vermag, ohne dass eine Vermögensgefährdung eingetreten war[3]).

Damit ist der Punkt gekennzeichnet, für den die Beziehungen zwischen Eigentümer und Gewahrsamsinhaber häufig von Belang sind. Sie erscheinen von Wichtigkeit für das Moment der Rechtzeitigkeit und somit, wenngleich nur indirect, auch für die Rechtswidrigkeit der Consumtion. Besonders in den folgenden typischen Erscheinungsformen der Unterschlagung an baarem Gelde tritt dies hervor.

[3]) Gegebenen Falls wäre natürlich § 247 anzuwenden.

1. Die Amtsunterschlagung.

Den Fall, dass Übergeber und Empfänger des Geldes in einem öffentlich rechtlichen Verhältnisse stehen, hat der Gesetzgeber besonders vorgesehen. Mit erhöhter Strafe wird durch § 350 des Strafgesetzbuches ein Beamter bedroht, „welcher Gelder oder andere Sachen, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat, unterschlägt".

Diese Strafbestimmung umfasst alle rechtswidrigen Consumtionen baaren Geldes, dessen Gewahrsam der Thäter nicht als selbstständige Person, sondern als Vertreter des Staates erlangt hat. Die Handlung, deren er sich schuldig gemacht haben muss, entspricht genau dem Thatbestande des § 246, dessen Merkmale in dem Worte „unterschlägt" recapituliert werden. Abweichend ist nur das ausdrückliche Hervorheben der „Gelder" als Object des Delictes.

Man hat versucht hieraus zu folgern, dass ein Beamter die anvertrauten Geldstücke unter jeder Bedingung als species zu behandeln habe. So fast Olshausen[4]) diese Bestimmung in dem Sinne auf, „dass die Fungibilität des Geldes durch die Natur des Beamtenverhältnisses regelmässig ausgeschlossen sei". Dagegen sträubt er sich, die Urteile des Reichsgerichts vom 19. März und 10. December 1881[5]), anzuerkennen, deren Tendenz sich vollkommen mit seiner Auffassung deckt und nur daraus die ganz logische Folgerung zieht, dass auch die Umwechslung amtlich eingenommener Gelder ein Vergehen gegen § 350 darstelle. In einem solchen Falle sei zu selten das Bewusstsein der Rechtswidrig-

[4]) Commentar § 350, 5. Ebenso v. Liszt, Lehrbuch pag. 609.

[5]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen IV, 24. V, 305.

keit vorhanden, giebt er zur Begründung seines Widerspruches an.

Wenn aber die amtliche Eigenschaft des Gewahrsamsinhabers überhaupt im stande sein soll, diesen zu zwingen, auch in Ermangelung besonderer Vereinbarung (dienstlicher Instruction) ein Interesse des Staates an der species zu berücksichtigen, so ist ihm jede Berufung auf bona fides, also auch die auf seinen Glauben an die Statthaftigkeit der Umwechslung abgeschnitten. Dann wäre er unter keinen Umständen berechtigt, die anvertrauten Geldstücke ihrer individuellen Erkennbarkeit zu berauben. Consumtion bleibt Consumtion, mag sie durch Umwechslung, Vermischung oder sonstwie geschehen. Olshausens Mittelmeinung führt zur rein subjectiven Beurteilung des Erfordernisses der Rechtswidrigkeit und damit zu einer entschieden verwerflichen Bevorzugung beschränkter, vertrauensseliger Köpfe.

Trotz alledem ist ihm vollkommen beizustimmen, wenn er gegen die erwähnten Entscheidungen Verwahrung einlegt. Die Umwechselung amtlich empfangener Gelder giebt dem Strafrichter ganz und gar keinen Grund einzuschreiten. Wie oft tauscht nicht ein Kassenbeamter Goldmünzen aus dem Kassenbestande gegen kleine Münze aus seiner Tasche ein, nur um dem zahlenden Publikum herausgeben zu können! Und der Mann sollte eine schwere Unterschlagung begangen haben, nur weil seine Dienstinstruction diesen Fall nicht vorgesehen hat? —

Auch beim Beamten vermag ausser einem ausdrücklichen Verbote nur das Bewusstsein der verursachten Vermögensgefährdung die Rechtmässigkeit der Consumtion zu erschüttern[6]). Die Stellung des Con-

[6]) In diesem Sinne Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen III, 11. Urteil v. 20. October 1880.

sumierenden im Staatsdienst ist, wie bereits angedeutet wurde, allein für den Begriff der rechtzeitigen Erstattungsfähigkeit von Bedeutung. Der Beamte muss jederzeit bereit sein, seinem Vorgesetzten Rechnung abzulegen, insbesondere muss der Kassenbeamte stündlich auf eine ausserordentliche Revision gefasst sein. Der Staat verwaltet nicht eigene Gelder, sondern die seiner Angehörigen, und damit ist ihm die strengste Controlle seiner Vertrauensleute zur Pflicht gemacht. Mit peinlichster Genauigkeit wacht er deshalb darüber, dass diese in jedem Augenblicke die empfangenen Summen baar d. h. in genere vorzuzeigen vermögen. Diesem Zwecke dient die besondere Erwähnung des Geldes als Object der Amtsunterschlagung. Sie enthält nichts als die Anerkennung, dass die Meyer-Oppenhoffsche Umwechseltheorie (cf. pag. 40) für dieses Delict ausnahmslos zutrifft.

Der Beamte consumiert bereits rechtswidrig, wenn er an seiner sofortigen Erstattungsfähigkeit zweifeln musste. Hierbei ist der Ausdruck „sofort“ im strengsten Sinne zu verstehen. Ob der Thäter die Möglichkeit hat, in kürzester Zeit die fehlende Summe zur Stelle zu schaffen, oder auch sich durch Hinweis auf eine gestellte Caution decken zu können glaubte, ist vollkommen belanglos, da beide Momente höchstens unter den Gesichtspunkt des Ersatzes fallen.

2. Die Fundunterschlagung.

Die Fundunterschlagung, welche lange Zeit fälschlich als delictum sui generis betrachtet wurde, wird heute vom Thatbestande des § 246 mitumfasst. Das diesem Vergehen eigentümliche Moment, wonach Gewahrsamsinhaber und Eigentümer zufällig, d. h. ohne den Willen des letzteren in rechtliche Beziehungen treten, vermag in der That für die Regel keine Sonder-

stellung desselben zu rechtfertigen. Da jedoch hinsichtlich der Unterschlagung an baarem Gelde sich ergeben hat, welche Bedeutung der Stellung des Thäters zum Verletzten für den Begriff der „rechtzeitigen Erstattung“ zukommt, werden wir nicht mit Unrecht in dieser Beziehung gewisse Besonderheiten der Consumtion gefundenen baaren Geldes vermuten.

Bereits oben[7]) ist darauf hingewiesen worden, dass den Eigentümer unterschlagener Objecte gewöhnlich eine, wenn auch nur geringe culpa in contrahendo trifft, da er das „Trau, schau, wem?“ nicht genügend berücksichtigte. Nun geht der Gewahrsam auf den Finder aber nicht nur ohne, sondern sogar gegen den Willen des Berechtigten über. Die Vornahme der Consumtion bringt diesen daher vollkommen schuldlos in Abhängigkeit von den wirtschaftlichen Schicksalen eines ihm gänzlich Fremden. Sein Interesse an möglichst schneller Lösung dieses ihm aufgezwungenen Bandes ist selbstverständlich und verlangt allgemein Berücksichtigung.

Daher muss auch der Finder fremden, baaren Geldes auf jederzeitige Rückforderung gefasst sein und darf dasselbe nur im Bewusstsein sofortiger Erstattungsfähigkeit consumieren[8]).

3. Die Depotunterschlagung.

Die Unterschlagung von Depots vermag nur insofern specielles Interesse zu erregen, als der Gewahrsamsinhaber die Aufbewahrung fremden Eigentums gewerbsmässig betreibt. Die Bezeichnung ist daher zu

[7]) pag. 16 der Abhandlung.

[8]) Zur Compensation mit dem ihm gebührenden Finderlohn ist der Finder berechtigt, da ihm nach A. L. R. § 356 ff. I, 20 ein Retentionsrecht an der gefundenen Sache zusteht. Auch das Urteil des Reichsgerichts vom 5. Mai 1880 (Entscheidungen in Strafsachen

einer Art von terminus technicus für die Unterschlagung von Wertobjecten geworden, welche einem Bankier von Kunden zur Sicherung der aus ihren Aufträgen entspringenden Forderungen anvertraut waren. Aus dem grossen Gebiete, das gerade in letzter Zeit im Anschlusse an einige Aufsehen erregende Verbrechen vielfach den Gegenstand juristischer Untersuchungen bildete, sind hier nur die verhältnissmässig seltenen Fälle zu erwähnen, in denen baares Geld zum Depot gegeben wurde.

Es handelt sich um die Strafbarkeit des Bankiers, der das erhaltene baare Geld consumierte und später nicht imstande ist, der Rückforderung rechtzeitig — oder überhaupt zu entsprechen.

Zwei Umstände pflegen dafür angeführt zu werden, dass der Schutz des Deponenten durch privatrechtliche Normen hinreichend sei.

Erstens überlasse er ja vollkommen freiwillig den Gewahrsam einem selbst gewählten Vertrauensmanne, habe also die Folgen seiner culpa in eligendo zu tragen. Zweitens aber müsse er dem Geschäftsgebrauche Rechnung tragen, welcher ihm nur die Rechte eines persönlichen Gläubigers einräume.

Beide Gründe sind nicht stichhaltig.

Dadurch, dass der Bankier die Annahme von Depots als Gewerbe betreibt, garantiert er dafür, das Interesse jedes Kunden sorgfältigst wahrzunehmen. Ein Eingehen auf solches Anerbieten ist keine culpose Handlung.

Die Consumtionsberechtigung des Bankiers wird allerdings vom Geschäftsgebrauche anerkannt und für gewöhnlich sogar durch Verzinsung der hinterlegten

II, 48) verneint die Möglichkeit einer Unterschlagung an Geldern, auf welche der Gewahrsamsinhaber retentionsberechtigt war.

Summe zur Kenntnis des Geschäftsfreundes gebracht. In diesem Falle liegt aber juristisch ein Darlehen mit allen seinen Consequenzen vor.

Fehlt hingegen die Zinszahlung und bleibt die Depotnatur des Vertrages rein erhalten, so consumiert auch der Bankier rechtswidrig, sobald er nach Massgabe der Sorgfalt eines ehrlichen Kaufmanns an seiner rechtzeitigen Erstattungsfähigkeit zweifeln musste. Jeder entgegenstehende Geschäftsgebrauch enthielte ein pactum, ne dolus praestetur, und wäre daher nichtig.

Litteratur.

1. Gesetze.

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Motiven.

Commentare:

C. Hahn, III. Aufl. 1877.
Dr. Justus Olshausen, IV. Aufl. 1892.
Dr. Friedrich Oppenhoff, XII. Aufl. 1891.
Dr. Ernst Rubo, 1879.
Dr. Hans Rüdorff, IV. Aufl. 1892.
Dr. von Schwarze, V. Aufl. 1884.

Strafprozessordnung für das Deutsche Reich.
Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. (Mit Erläuterungen von Rehbein und Reinke, IV. Aufl. 1889).
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. (Zweite Lesung 1894. Nebst Motiven.)

2. Lehr- und Handbücher.

a) Strafrecht.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, XVI. Aufl. 1891.
Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht 1884.
„ System des Preussischen Strafrechts 1868.
von Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen 1874.
von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, V. Aufl. 1892.
Meyer, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, IV. Aufl. 1888.

b) Privatrecht.

Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, IV. Aufl. 1884.
„ Pandekten, III. Aufl. 1892.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, VII. Aufl. 1891.

3. Monographieen.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, (II. Band, 1877).
Dernburg, Die Phantasie im Recht, 1894.
Finger, Die Veruntreuung von Baarcautionen (Prag 1890).
Hälschner, Beitrag zur Lehre vom Thatbestande der Unterschlagung. (Goltdammer Archiv für Preussisches Strafrecht, Band XV.)
Hartmann, Über den rechtlichen Begriff des Geldes, 1868.
Huber, Die Unterschlagung, 1875.
Kapff, Die Unterschlagung, 1879.
Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrechte, 1858.
„ Die Lehre von der Unterschlagung (Goltdammers Archiv IV).
Schwarze, Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen insbesondere an Geldstücken (Goltdammers Archiv VII).
von Stemann, Die Vergehen der Unterschlagung und Untreue, 1870.

Bluntschli, Deutsches Staatswörterbuch, 1859.
Daniel Sanders, Handwörterbuch der Deutschen Sprache, II. Aufl. 1878.

4. Judicatur.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
Oppenhoff, Die Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals in Strafsachen.
Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland.